Lecciones y Ensayos, Nro. 95, 2015

BRACACCINI, Fernando, “Democracia y persecución penal, ¿conceptos incompatibles?...”, pp. 365-386

DEMOCRACIA Y PERSECUCIÓN PENAL, ¿CONCEPTOS INCOMPATIBLES? REFLEXIONES EN TORNO A UN MINISTERIO PÚBLICO POPULAR*

FERNANDO BRACACCINI**

Resumen: Este trabajo reflexiona sobre el rol y el diseño del Ministerio Público Fiscal en el marco del sistema democrático. Se realiza un breve repaso sobre la regulación constitucional y legal del Ministerio Público desde una mirada crítica sobre el régimen de designaciones, estabilidad y remoción de los fiscales, y se cuestiona la ausencia justificaciones para que no sean elegidos popularmente. Tras plantearse el problema de la legitimidad democrática del Ministerio Público Fiscal, se esbozan algunas ideas sobre las potenciales virtudes que el debate democrático ofrece al contenido de la política criminal, y a la rendición de cuentas y el control sobre la actividad de los fiscales. Finalmente, tras quedar planteada la ausencia de justificaciones de peso para exceptuar al Ministerio Público Fiscal del régimen de elección popular, y ser exploradas las ventajas de su democratización, se ensayan algunas respuestas frente a las principales críticas al respecto.

Palabras clave: derecho penal – democracia – ministerio público Fiscal – elección popular.

Abstract: The author reflects on the prosecution institutions role in a democracy, and its designs. He conducts a brief review of the constitutional and legal regulations of the prosecution service in Argentina. He looks critically upon the processes of appointing and removing prosecutors and the practice of life tenure. The author problematizes the fact that prosecutors are not elected by citizens through a direct vote, and meditates about the potential benefits of democratic debate in penal prosecution policy contents, and its virtues on enhancing

* Recepción del original: 22/06/2015. Aceptación: 2/08/2015.

Este trabajo fue presentado en el marco del V Congreso de Derecho Penal para Estudiantes y Jóvenes Graduados: “Política Criminal y Estado de Derecho”.

**Abogado (UBA). Docente del Departamento de Derecho Público (UBA).

accountability and control mechanisms. After that, the author responds to the main criticisms of the direct election of prosecutors.

Keywords: criminal law – democracy – general attorney – prosecutor – prosecution service – popular election.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es aportar reflexiones y contribuir a un debate más amplio sobre la relación entre la democracia y las agencias de persecución penal, a partir de un análisis sobre la institución del Ministerio Público Fiscal (MPF), especialmente en lo que hace a su función y su relación con la ciudadanía.

Con ese objetivo, se repasará brevemente la regulación constitucional y legal del Ministerio Público (MP) y el marco regulatorio de la acción penal pública, para luego introducir una mirada crítica sobre la legitimidad democrática del MPF. En particular, se pondrá de manifiesto la dificultad de sostener justificaciones admisibles para apartar al MPF del régimen de elección directa de sus funcionarios jerárquicos, y luego se ahondará en las posibles ventajas de emprender su democratización.

II. EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LA LEY ORGÁNICA DE MINISTERIO PÚBLICO

El art. 120 de la Constitución Nacional (CN), único artículo de la Sección IV, es un producto de la reforma constitucional de 1994 que regula al MP. Su incorporación dentro del Título 1° "Gobierno Federal" en una sección independiente a los tres poderes del Estado, y sin especificación alguna sobre su ubicación institucional, ha dado lugar a discusiones sobre su pertenencia orgánica en el escenario de los tres poderes clásicos. Si bien este debate no será abordado aquí, dejaré explicitado que constitucionalmente el MP puede ser concebido tanto como un órgano extrapoder o como un cuarto poder, en tanto se asegure su independencia respecto a los poderes judicial, ejecutivo y legislativo.¹

1. BRACACCINI, F. Y GONZÁLEZ, L., "El art. 120 de la Constitución Nacional", en GARGARELLA,

Si bien la CN ha establecido una regulación muy escueta para una institución de semejante importancia, los modestos seis renglones del art. 120 de la CN son suficientes para pautar algunas directivas sobre el funcionamiento del MP. En lo que hace a sus funciones, se establece que su misión es la de promover la actuación de la justicia para alcanzar dos objetivos: la *defensa de la legalidad* y la *defensa de los intereses generales* de la sociedad. Su actuación institucional, además, debe ser realizada en *coordinación con las demás autoridades de la República*.

Además, el art. 120 de la CN establece pautas sobre el modo en que debe organizarse el MP: 1) Comprende tanto al MPF como al Ministerio Público de la Defensa (MPD); 2) Debe ser independiente de los tres poderes del Estado, lo cual significa que ninguno de ellos puede darle órdenes;² 3) Debe gozar de autonomía funcional, lo que implica que pueda tomar decisiones sobre sus competencias de manera exclusiva y sin injerencias de otro órgano público (CSJN, Fallos 327:5863); y 4) Debe gozar de autarquía financiera.

Todo lo que vaya más allá de esas directrices generales, quedó en manos del Poder Legislativo. En consecuencia, ha sido el Congreso el que ponderó cuál era el diseño más atinado para que este órgano pudiera cumplir acabadamente con su finalidad última de defender la *legalidad* y los *intereses generales de la sociedad*.

II.A. Régimen de designación de fiscales, duración en sus cargos y régimen de remoción

En 1998 el Congreso Nacional aprobó la Ley Orgánica de Ministerio Público (LOMP),³ norma que estableció la organización y funcionamiento del MPF y el MPD. Dicha norma ha sido recientemente reemplazada por dos leyes: la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (LOMPF), bajo el número 27.148, y la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa (LOMPD), bajo el número 27.149.⁴

En lo que aquí interesa, el art. 1 de la LOMPF retoma las funciones asignadas por la Constitución Nacional al Ministerio Público, y establece

R. (Coord.), *La Constitución Nacional Comentada*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters - La Ley, t. 1, 2016, pp. 961-985.

2. *Ibid.*

3. Ley n° 24.946, B.O. n°23/03/1998.

4. Ley n° 24.946, B.O. n°23/03/1998.

que el MPF es el encargado de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, de velar por la efectividad de la CN y de los tratados internacionales de derechos humanos, y de promover el acceso a la justicia. En cuanto a las funciones en materia penal, el art. 3 de la LOMPF establece que el MPF tiene a su cargo "fijar la política de persecución penal y ejercer la acción penal pública".

En lo que refiere a su organización institucional, el MPF se compone de una serie de órganos que dependen jerárquica y funcionalmente del Procurador General de la Nación (PGN), titular y jefe del MPF. El art. 11 de la LOMPF establece que la designación del Procurador General de la Nación la realiza el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) con acuerdo del Senado, esto es, mediante el mismo mecanismo por el que son nombrados los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) conforme el art. 99 inc.4 de la CN.

Para la designación de los fiscales inferiores,⁵ el art. 48 y cctes. de la LOMPF establece un mecanismo similar, aunque con una instancia previa de concurso público de oposición y antecedentes sustanciado en el ámbito del MPF. El sistema para la designación es el siguiente: se convoca a un tribunal designado por el PGN, que evalúa una prueba de oposición escrita anónima y otra oral, y luego confecciona una terna de tres candidatos que el PGN remite al PEN, que a su vez elige a uno y envía su terna al Senado para obtener acuerdo, y que sea finalmente designado. En este caso se utiliza un procedimiento idéntico al previsto en el segundo párrafo del art. 99 inc.4 de la CN para la designación de jueces inferiores, con la única diferencia que en ese caso es el Consejo de la Magistratura (CM) el que lleva adelante los exámenes de oposición y antecedentes y que remite al PEN la terna de candidatos (art. 114 de la CN), para que elija a uno y luego el Senado preste su acuerdo.

Además, el art. 62 de la LOMPF fija la estabilidad de los fiscales y del PGN en sus cargos hasta los 75 años de edad, mientras dure su buena conducta, y una vez alcanzada esa edad deberán obtener una nueva designación y acuerdo para continuar en el ejercicio de su función por cinco

5. Procuradores Fiscales, Fiscales Generales, Fiscales Generales de la Procuración General de la Nación, Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas y Fiscales (arts. 44 y 48 LOMPF).

años. Nuevamente, se refleja aquí el mismo régimen de estabilidad para los fiscales que el previsto por los arts. 99 inc. 4 y 110 de la CN para los jueces.

Por su parte, los arts. 76 y siguientes de la LOMPF establecen mecanismos de remoción para el PGN y los fiscales inferiores prácticamente iguales a los establecidos para los jueces de la CSJN y los jueces inferiores, con la diferencia que para el caso de los fiscales inferiores el procedimiento se sustancia ante el Tribunal de Enjuiciamiento del MPF, mientras que el proceso de remoción de los jueces inferiores tramita ante el Jury de Enjuiciamiento del CM (art. 115 y 21 siguientes de la Ley del CM).

Como puede advertirse, la LOMPF –al igual que la antigua LOMP– estableció en todos estos aspectos un régimen idéntico al del Poder Judicial, lo que ha dado lugar a la calificación del fenómeno como la judicialización de las fiscalías.⁶

Al regular todo lo que la Constitución dejó a su discrecionalidad en relación al diseño institucional del MPF, el Congreso no hizo más que reproducir la estructura del Poder Judicial, algo que parecería poco consecuente con las importantes diferencias entre sus funciones y con el hecho que ha sido el propio Poder Legislativo el que invistió expresamente al MPF de la facultad de fijar la política de persecución penal (art.3 LOMPF).

Si bien esta decisión de organizar de manera refleja el MPF y el Poder Judicial se ha visto relativizada en algunos aspectos a través de la sanción de la LOMPF,⁷ lo cierto es que en cuestiones institucionales esenciales –designación, mecanismos de remoción y estabilidad en el cargo– se ha mantenido el mismo régimen. Veremos luego que esto trae aparejado algunos inconvenientes desde la perspectiva de la teoría democrática.

6. *Cfr.* GORANSKY, M., “¿Hacia un nuevo Ministerio Público?”, en GARGARELLA, R. (Coord.), *La Constitución en 2020*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, pp. 332-333. Además de las cuestiones señaladas sobre designación, estabilidad en el cargo y remoción, explica la autora que el propio funcionamiento de las fiscalías se ha organizado de forma refleja al Poder Judicial.

7. A modo de ejemplo, se crearon por ley procuradurías especializadas o fiscalías de distrito, que rompen con la lógica de funcionamiento judicial, y atienden ciertas necesidades propias de la actuación del MPF.

III. PRINCIPIOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA POR EL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

Hemos visto que la LOMPF otorga al MPF la función de ejercer la acción penal pública (art. 3 LOMPF), lo cual a su vez es replicado por los arts. 5 y 65 del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) que lo hacen titular exclusivo de la misma. En igual sentido, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (nuevo CPPN)⁸ pone en cabeza exclusiva del MPF el ejercicio de la acción penal pública (art. 25 nuevo CPPN), sin perjuicio de las facultades de acusación previstas para los querellantes.

En materia de disponibilidad de la acción, el CPPN establece el principio de legalidad procesal, que supone que la acción penal pública es indisponible (arts. 71 del Código Penal y 5 del CPPN). Por su parte, el nuevo CPPN fija el principio de legalidad como regla general, aunque admite su disponibilidad total o parcial por criterios de oportunidad (art. 25 segundo párrafo y art. 31 del nuevo CPPN). Me detendré brevemente sobre las implicancias de cada uno de ellos, fundamentalmente en lo que respecta al rol y al tipo de valoraciones y decisiones que deben adoptar los fiscales.

En relación al régimen de legalidad procesal absoluta prevista por el CPPN, existe un amplio consenso en cuanto a que un régimen de estas características resulta de aplicación imposible en la práctica, y que por lo tanto supone la existencia de prácticas informales de disposición de casos.⁹ Esto significa que los fiscales deciden discrecionalmente qué casos serán perseguidos y qué casos no, por fuera de todo tipo de lineamiento y de rendición de cuentas al respecto.

El nuevo CPPN también estableció el régimen de legalidad procesal como principio general, aunque con excepciones que habilitan a la disponibilidad de la acción penal pública en ciertos supuestos previstos taxativamente (arts. 25, 30 inc. a, 31 y 32 del nuevo CPPN). Para nuestro análisis, resulta especialmente relevante la facultad de los fiscales de disponer de la acción a partir de los siguientes criterios de oportunidad (art. 31 nuevo CPPN): i. Si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara

8. . Ley 27.063, B.O. 10 de diciembre de 2014.

9. . *Cfr.* HONISCH, P., y POCHAK, A., "Démosle una oportunidad al principio de oportunidad", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 9-B, año V, 1999, pp. 300-316; Maier, J. B., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2004.

gravemente el interés público; ii. Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional; iii. Si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena; iv. Si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

Tanto en los casos en que la disponibilidad por criterios de oportunidad sea formalizada –y por lo tanto exteriorizadas las razones–, como en los supuestos de disponibilidad informal que existen en el régimen de legalidad procesal absoluta, se requiere de decisiones valorativas de los fiscales que tienen efectos de alta trascendencia pública. No resta relevancia pública a la decisiones de los fiscales el hecho que, a partir del principio de unidad de actuación (art. 9, inc. a de la LOMPF), el PGN disponga lineamientos para unificar los criterios de oportunidad, pues en ese caso es el PGN el que está llevando adelante esa relevante actividad valorativa, y además no puede ignorarse que aún en ese caso la aplicación de los lineamientos generales en casos concretos requiere de una actividad interpretativa valorativa, tanto de las normas como de los hechos.

Tanto en el CPPN vigente como en el nuevo, son los fiscales los que deben decidir si impulsan o disponen la acción penal pública en casos concretos. Teniendo en cuenta que esta tarea no es objetiva ni automática, sino subjetiva y valorativa, cobra especial relevancia la pregunta en torno a quién es la persona que debe tomarla, a cómo es elegida y a quién representa, pues decidir cómo se ejerce la acción penal supone decidir política criminal.¹⁰

10. Esta afirmación es respaldada por la reciente LOMPF, que en su art. 3° establece que “El Ministerio Público Fiscal de la Nación tiene a su cargo fijar la política de persecución penal (...)”.

IV. EL INJUSTIFICABLE PROBLEMA DEMOCRÁTICO DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

En un sistema democrático como el que nos rige, que supone el auto-gobierno colectivo y por lo tanto que las personas que ejercen cargos públicos sean representantes de los ciudadanos, la idea de autoridades públicas no elegidas por la ciudadanía no parece admisible, y en los excepcionales casos en los que se admite exige una muy buena y contundente justificación.

Lo contrario supondría tolerar la existencia de individuos con capacidad de decisión sobre temas públicos por encima de la voluntad de los otros ciudadanos, y sin rendir cuenta alguna ante ellos, lo cual es inaceptable en una democracia.¹¹ Aún desde miradas de la democracia que admiten fuertes límites a la voluntad popular, ninguna de ellas acepta la existencia de funcionarios públicos que no sean elegidos popularmente (o al menos dependan jerárquicamente de uno elegido por el pueblo) a menos que existan motivos que lo hagan aconsejable, necesario o al menos justificable.

El principio, entonces, es la representación directa de los gobernantes, debiendo existir buenas razones para apartarse de ello. La excepción más usual es la de los jueces. Sin pretender ingresar en el debate sobre el problema contramayoritario del Poder Judicial,⁽¹²⁾⁽¹³⁾ en los casos en que se admite que los jueces sean elegidos a través de mecanismos alternativos a la voluntad popular, aún cuando deben decidir sobre asuntos de vital trascendencia pública –ya sea la constitucionalidad de una ley o la interpretación de un tipo penal que haga que cierta conducta sea o no punible– ello responde sólo a que colaboraría a su independencia e imparcialidad.

11. Cfr. GARGARELLA, R., "Constitucionalismo versus Democracia", en Gargarella, R. (Coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 23-40.

12. Ver al respecto, NINO, C. S., *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1ª edición, 2003; NINO, C. S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1ª edición, 2005; GARGARELLA, R. "Constitucionalismo versus Democracia", en GARGARELLA, R. (Coord.), ob. cit.

13. GARGARELLA, R., "Constitucionalismo versus Democracia", en GARGARELLA, R. (Coord.), ob. cit.; GARGARELLA, R., *La Constitución en 2020*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011.

Como vimos, los fiscales son elegidos por medios distintos a la voluntad popular. De hecho, son elegidos igual que los jueces, tienen permanencia vitalicia en sus cargos al igual que los jueces, y son removidos por los mismos mecanismos. Entonces, si también vamos a aceptar que los fiscales no sean elegidos por la voluntad popular, vamos a exigir buenas razones para ello, como lo hacemos con los jueces.¹⁴ En ese marco, cabe preguntarse, ¿Qué justificación existe para que los fiscales, o el PGN, no sean elegidos a través del voto?

He aquí el punto en el que no encuentro respuestas satisfactorias, pues los fiscales no sólo no deben ser imparciales –argumento central de la justificación del carácter contramayoritario de los jueces– sino que deben ser lo opuesto: es inherente a su función que sean parciales. El MPF debe representar los intereses generales de la sociedad a través del ejercicio de la acción penal pública, lo cual como vimos supone realizar valoraciones y tomar decisiones para nada obvias, ni automáticas, y de esencial trascendencia pública. Si, parafraseando a Jeremy Waldron, es insultante dejar en manos de los jueces la resolución de desacuerdos sobre asuntos especialmente relevantes, es aún más insultante dejar en manos de fiscales no elegidos por los ciudadanos la determinación de la política criminal sin que exista ninguna justificación para ello.¹⁵

V. DEMOCRACIA Y POLÍTICA CRIMINAL

Sentado el interrogante del apartado anterior, y partiendo de la dificultad de justificar el déficit democrático del MPF, ahora intentaré delinear algunos beneficios adicionales derivados de un sistema de elección popular de fiscales. Previo a ingresar a ese análisis, quisiera aclarar algunos aspectos relevantes para esta discusión.

14. Esto no supone coincidencia alguna con las posiciones que afirman la necesidad de alejar las decisiones judiciales de la ciudadanía, ni que eso contribuya a que los jueces sean imparciales, ya que esos asuntos no son abordados en este trabajo. Lo que quiero señalar es que quienes admiten que la elección de jueces sea indirecta es porque se considera que eso contribuye a su imparcialidad.

15. *Cfr.* WALDRON, J., *Derecho y Desacuerdos*, Barcelona, Marcial Pons, 2005, pp. 18-25.

V.A. Punto de partida

La elección de los fiscales o del PGN a través del sufragio supone incorporar al debate público la política criminal, hasta ahora ausente. La elección sobre quién implementará la política criminal vendría acompañada de la discusión sobre cómo sería la política criminal que cada candidato implementaría en caso de acceder al cargo, como ocurre –con mejor o peor nivel– cuando se discute política económica o política social al momento de elegir presidente u otros representantes.

Seguramente la mera elección de representantes no bastará para satisfacer todas nuestras aspiraciones democráticas, ya que no queda exenta de los riesgos de caer en las lógicas de una democracia delegativa,¹⁶ pero es sin dudas el paso inicial. Difícilmente pueda pensarse en las dimensiones democráticas más ambiciosas si no cumplimos con un paso esencial para el autogobierno colectivo: que el poder sea ejercido por la ciudadanía, por sí o a través de representantes.

Por otra parte, en un régimen democrático la regla es que los representantes que estén a cargo de la gestión de asuntos públicos sean elegidos por el pueblo, y son las excepciones a este principio las que deben estar especialmente justificadas, y no al revés. En otras palabras, la regla es la elección directa de los funcionarios a cargo de tomar decisiones trascendentales, y quien quiera apartarse de ella debe dar una muy buena justificación. Esta obvia aclaración se presenta necesaria en virtud de que algunas posiciones del derecho penal actual parecieran pretender que quien debe realizar esos esfuerzos justificatorios es aquél que sostiene ideas de democratización, cuando en verdad la lógica de la democracia supone lo inverso.

Además, las decisiones adoptadas por la ciudadanía, ya sea mediante mecanismos de participación directa o bien mediante sus representantes, se encuentran más justificadas que aquellas que no son realizadas por ellos. En efecto, "las expresiones más directas de la voluntad ciudadana tienen más valor que aquellas otras que se encuentren más mediadas institucionalmente (...) por ejemplo, tenemos razones para adjudicar mayor legitimidad democrática a la decisión de una legislatura que a la decisión

16. Cfr. O'DONNELL, G., "La Democracia Delegativa", en *Journal of Democracy*, 2009, pp. 7-23.

de un juez".¹⁷ Por supuesto, aquellas decisiones que involucren además la participación ciudadana directa, serán todavía más legítimas.

Por último, es preciso tener en cuenta que la discusión que aquí se propone se refiere a los agentes encargados de definir y aplicar la persecución penal, lo cual extrema aún más todos los reparos, ya que se trata de la facultad de ejercer coerción física directa por parte del Estado. Es decir, estamos ante la más brutal modalidad de violencia estatal, y esto hace necesario que las decisiones cuenten con la mayor legitimidad democrática posible.¹⁸ Con estas aclaraciones, desarrollaré brevemente algunos argumentos que, entiendo, hacen de la elección popular de fiscales algo especialmente valioso.

V.B. Beneficios adicionales derivados de la elección popular del MPF

En primer lugar, la designación de fiscales o del PGN a través del voto popular se presenta como la mejor manera de cumplir con la misión institucional del Ministerio Público de "promover la actuación de la justicia en defensa (...) de los intereses generales de la sociedad" establecida en el art. 120 de la CN. Es una buena forma de cumplir con esa pauta de representación de los intereses generales de la sociedad, ordenada por el texto constitucional.

El segundo punto se refiere a la idea de igualdad entre todos los ciudadanos. Si todos somos iguales, y nos autogobernamos de manera colectiva, corresponde que conjunta e igualitariamente discutamos y decidamos cuál es la mejor política criminal. Serían entonces los ciudadanos, por intermedio de sus representantes directos, los que decidirían la política criminal.¹⁹

En tercer lugar, los mecanismos de elección popular de los fiscales generarían necesariamente mayores niveles de rendición de cuentas y control

17. GARGARELLA, R., "Constitucionalismo versus Democracia", en GARGARELLA, R. (Coord.), ob. cit., p. 35.

18. GARGARELLA, R., "Mano dura contra el castigo (II). Autogobierno y comunidad", en GARGARELLA, R., *De la Injusticia Penal a la Justicia Social*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008, pp. 53-76.

19. Esto, claro está, no significa que nos conformemos con una democracia meramente delegativa. Como se dijo previamente, se trata de un primer paso necesario para transitar nociones democráticas más robustas.

sobre sus actos por los ciudadanos. La renovación de su designación a través del voto constituiría un incentivo para que los funcionarios expliquen qué es lo que hicieron en su gestión. Incluso, si se profundiza este camino democratizador podrían alcanzarse mejores controles y rendiciones de cuenta a partir de la imposición de obligaciones específicas de informar sobre la gestión de manera periódica durante el mandato de los fiscales o del PGN y/o de la institucionalización de mecanismos de control específicos sobre la actividad del MPF.

El cuarto argumento ofrece algunas ventajas cualitativas adicionales, que lo hacen particularmente valioso. Se ha venido adelantando a lo largo de este trabajo que existían miradas sobre la democracia que nos podían prometer mayores beneficios que las ya exploradas, y es eso lo que desarrollaré a continuación. La teoría de la democracia deliberativa nos ofrece ventajas cualitativas para la democratización del sistema de elección de fiscales y en general de las políticas de persecución penal.

La teoría de la democracia deliberativa otorga un rol muy importante a los ciudadanos en la toma de decisiones sobre los asuntos públicos, al hacer hincapié no sobre qué debe ser decidido, sino sobre cómo. Esta teoría nos ofrece un procedimiento robusto, caracterizado como un debate público entre los potenciales afectados por la decisión, que deja en manos de la ciudadanía la definición de las cuestiones sustantivas que refieren a asuntos públicos. Se trata de un ideal regulativo que difícilmente pueda tener lugar en la realidad, pero cuya utilidad deviene de su capacidad de orientar los procedimientos de toma de decisión.²⁰

En especial, autores como Carlos Nino han sostenido una "versión epistémica" de la democracia deliberativa, que otorga un valor a este tipo de procedimientos no sólo porque honra la idea de igualdad y fomenta la comunicación entre los ciudadanos, sino especialmente porque el debate público entre los potenciales afectados ofrece mayores garantías de imparcialidad –menor sesgo de intereses particulares y mayores probabilidades de que represente el interés general– en la decisión a adoptarse. El proceso de discusión de buena fe entre los potenciales afectados requiere de la exposición de argumentos, de refutar los de los otros, de reformular los propios a partir de las críticas recibidas, y así ir mejorando las ideas a medida que avanza la discusión. Esto es lo que ha llevado a autores como

20. NINO, C. S., *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, ob. cit.

Nino a afirmar que el procedimiento ofrece mayores probabilidades de imparcialidad en las decisiones, y por lo tanto que derive en decisiones que representen mejor el interés general. Es por esta posibilidad de acceder a decisiones más imparciales que se considera a la democracia como un procedimiento epistémicamente más valioso,²¹ y que nos ofrece decisiones con mayor autoridad que otros mecanismos de decisión.²²

Aplicando la teoría al caso concreto, encontramos que existe un valor adicional en transferir a los ciudadanos el poder de decisión sobre quién es la persona que, en su nombre, implementará la política criminal en ejercicio del cargo de PGN o fiscal. Ello, teniendo en cuenta que, como vimos, la elección popular de fiscales representa una oportunidad valiosa para discutir el asunto de fondo. Pero también encontramos argumentos muy convincentes para ir aún más allá en el proceso de democratización, y ampliar las instancias de participación y discusión pública en torno a la política criminal.

La teoría de la democracia deliberativa, además de asegurarnos el respeto a la igualdad y al autogobierno colectivo, nos ofrece posibilidades de mejorar la política criminal a partir de las dinámicas de la discusión democrática.

VI. POSIBLES RESPUESTAS FRENTE A POSIBLES CRÍTICAS

A continuación, intentaré esbozar breves respuestas frente a algunas críticas con las que me he enfrentado al discutir la idea aquí presentada.

VI.A. Existen muchos funcionarios que llevan adelante políticas públicas que no son elegidos directamente por los ciudadanos, como por ejemplo los ministros, y no es claro por qué habría que hacer una diferencia con el MPF

Antes que nada, debo aclarar que del hecho que existan funcionarios con baja legitimidad democrática no se concluye que el MPF también deba

21. Cfr. NINO, C. S., *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, ob. cit.; GARGARELLA, R., “Constitucionalismo versus Democracia”, en GARGARELLA, R. (Coord.), ob. cit.

22. ESTLUND, D., *La Autoridad Democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 1ª edición, 2011.

tenerla. En todo caso, si consideramos que nuestro sistema institucional adolece de falta de legitimidad democrática, deberíamos cambiarlo para revertir el déficit, pero de ningún modo equiparar los organismos para que todos sean igualmente deficitarios.

Pero dejando eso de lado, y yendo hacia el fondo de la crítica, si bien es cierto que existe ese tipo de funcionarios y que nadie los eligió de manera directa, esto no controvierte en nada los argumentos aquí expuestos. En efecto, si bien existen ministros, secretarios, y muchos otros funcionarios de rango inferior, lo cierto es que la cabeza del PEN es elegida a través del voto popular, y el presidente -investido de legitimidad democrática directa- es el que designa a los funcionarios inferiores y el que debe rendir cuentas ante la ciudadanía por los actos de sus dependientes.

En el caso del MPF, los funcionarios que se desempeñan en este organismo carecen de legitimidad democrática directa, y siquiera la máxima autoridad del organismo cuenta con mandato popular, ni rinde cuentas directamente ante la ciudadanía, y por lo tanto no es equiparable a la situación de los ministros o los funcionarios de menor rango del PEN.

Aquí no se propone que los secretarios, prosecretarios, directores y demás personal inferior del MPF sean designado mediante voto popular, sino sus máximas autoridades: los fiscales, o al menos el PGN. Éstos serían los responsables de que su gestión represente debidamente los intereses de la ciudadanía y quienes deberían responder por los actos de sus inferiores, tal como lo hace el presidente como cabeza del PEN.

VI.B. Implementar mecanismos de elección popular supone caer en el populismo penal y en políticas neopunitivistas

Esta es la típica crítica que se realiza cuando se cuestionan las instituciones penales desde argumentos democráticos. En el ámbito del derecho penal es habitual que se asocie el punitivismo a la participación ciudadana en la elaboración e implementación de normas penales. No obstante, esta afirmación suele presentarse infundada. A continuación presentaré cuatro argumentos para rechazar esa idea:

I. Como aclaración inicial, si bien desacreditaré lo que esta crítica da por cierto, aún si fuera verdadero que existe una tendencia punitivista en la ciudadanía, esto no justifica que abandonemos los medios democráticos. En todo caso, si no estamos de acuerdo con esa supuesta perspectiva mayoritaria que quiere más delitos y más castigo, lo que se debería hacer

es pensar estrategias para persuadir a quienes están adoptando esa postura que creemos equivocada. Pero en términos democráticos no es válido argumentar que un determinado asunto deba ser extraído de la decisión de la ciudadanía por el hecho de que ésta decidirá de manera incorrecta. El elitismo es el peor modo de enfrentar el problema, ya que niega lo que no es admisible negar en una democracia: la idea del autogobierno colectivo.

De todos modos, como veremos a continuación, la asociación entre democratización del derecho penal y populismo penal no es para nada obvia, pues por un lado no es admisible identificar como democracia a cualquier apelación a la voluntad mayoritaria,²³ y por el otro existen casos empíricos que sugieren lo contrario.

II. La democracia y la participación ciudadana son mucho más que meras expresiones emitidas fuera de procesos colectivos reflexivos y realizadas sin información adecuada. Desde esa perspectiva, no hay evidencia empírica que permita asociar participación ciudadana y populismo penal.

Existen expresiones de la voluntad ciudadana que son más valiosas que otras, y hay buenas razones para resistir todo intento de caracterizarla como lo que se puede desprender de una mera expresión irreflexiva de sentimientos, como la que puede encontrarse en las encuestas de opinión o las que puede expresar la víctima de un delito o sus familiares en un programa de televisión a causa de una penosa experiencia que debieron atravesar.²⁴

Además, los defensores del elitismo no logran explicar por qué motivo los ciudadanos apoyarían políticas vengativas, revanchistas y punitivistas, y los técnicos (la elite) no. No explican las razones por las que los ciudadanos tendrían tan arraigados esos sentimientos y los técnicos –surgidos de esa misma sociedad– no. Contrariamente a lo que se desprende de la creencia elitista, la participación ciudadana puede conducir a políticas menos punitivas.²⁵

La participación ciudadana implementada a través de procesos institucionales que aseguren ejercicios deliberativos y racionales, y que doten de información suficiente a los ciudadanos para que tomen decisiones reales,

23. Cfr. GARGARELLA, R., “Mano dura contra el castigo (II). Autogobierno y comunidad”, en GARGARELLA, R., ob. cit., pp. 53-76.

24. *Ibid.*

25. Cfr. JOHNSTONE, G., Penal Policy Making, en *Punishment & Society*, vol. 2, año 2, 2000, pp. 161-180.

ha conducido a procesos reflexivos que permitieron a los ciudadanos pensar y repensar en torno a este tipo de asuntos –que generalmente se encuentran cerrados a la participación y, más aún, a la deliberación colectiva–, y conducir a posiciones más moderadas en torno al castigo y la persecución penal. Pero para eso es necesario distinguir entre la mera expresión de sentimientos y reacciones no razonadas, y ejercicios de discusión y reflexión colectiva que pueden tener lugar cuando se generan espacios institucionales que ofrecen a los ciudadanos información precisa y relevante sobre la materia, y que promueven la reflexión y deliberación.²⁶

En esa línea, existen estudios empíricos que demuestran que la participación ciudadana, dotada de información suficiente y de instancias de reflexión y discusión, redundaría en políticas menos punitivas.²⁷

En nuestro país, la única experiencia de participación directa en el ámbito penal que puede tomarse para analizar el impacto de la intervención de la ciudadanía en estos asuntos es la de los juicios por jurados, y las investigaciones empíricas que han estudiado el fenómeno en profundidad no sólo no corroboran las intuiciones pesimistas, sino que evidencian un mayor grado de lenidad en las decisiones de los jurados en comparación a las de los técnicos.²⁸

III. Por otra parte, el régimen penal vigente en Argentina puede ser caracterizado como de neta cerrazón democrática, tanto en la planificación como en la implementación de la política criminal, pues más allá de que pueda existir una retórica que apela a la voluntad mayoritaria en torno al delito y los asuntos del derecho penal, lo cierto es que el sistema institucional no da lugar para que los ciudadanos se informen adecuadamente, se expresen, discutan y decidan sobre estos asuntos.

No obstante, esta ajenidad de la ciudadanía con la cuestión penal no nos ofrece un sistema equilibrado y racional, de derecho penal mínimo, sino alarmantes lógicas de selectividad que conducen a que el castigo re-

26. *Ibid.*

27. *Cfr.* LUSKIN, R., FISHKIN, J. Y JOWELL, R., "Considered Opinions: Deliberative Polling in Britain", en *British Journal of Political Science*, n°32, Cambridge University Press, 2002, pp. 455-487.

28. *Cfr.* BERGOGLIO, M. I., "Nuevos caminos hacia la legitimidad judicial. Participación ciudadana en los tribunales penales en Córdoba", en *Derecho y Ciencias Sociales*, n° 1, abril de 2009, pp. 128-148, edición online.

caiga siempre sobre las franjas sociales más vulnerables.²⁹ En materia procesal penal, el régimen actual tampoco ofrece un respeto pleno por las libertades individuales, ya que por ejemplo en nuestro sistema federal el 61,38% de las personas privadas de la libertad son jurídicamente inocentes.³⁰ Y podríamos continuar citando ejemplos locales y comparados que demuestran que el modelo penal que queda en manos de jueces y fiscales desvinculados de la ciudadanía es altamente punitivista.

Pareciera entonces que no hay tanto que perder con el sistema actual y sí mucho por ganar abriéndolo a la democracia.

IV. El rol del PGN y los fiscales no consiste en decidir la imposición de castigos, sino en ejercer la acción penal pública y definir las políticas de persecución penal. La actividad de los fiscales se desarrolla en el marco de un proceso judicial que se caracteriza por ser contradictorio y bilateral, y por contar con la presencia de un tercero que debe tomar las decisiones, ya sea un juez o un jurado.

En ese marco, los peligros que pudieran temer quienes identifican participación ciudadana con populismo penal, deberían caer ante la figura del juez que –según sostienen autores que tienden a preferir sistemas penales más distanciados de la participación popular– es a quien le correspondería aplicar la racionalidad y el saber jurídico-penal para acotar los impulsos punitivos selectivos.³¹ En consecuencia, aquellos que temen que el impacto de la democratización del MPF pueda redundar en un aumento del castigo, deberían ver sus preocupaciones amainadas al considerar que los fiscales no son los que poseen la decisión final en el proceso penal, sino los jueces y los jurados

V. Por último, no hay argumentos teóricos que justifiquen tanto pesimismo sobre la participación ciudadana en el ámbito de la persecución penal, y sí buenas razones para ser optimistas respecto de la democratización. Esto, en la medida en que no tomemos la democracia como una mera estadística que refleja la sumatoria de sensaciones impulsivas e irreflexivas, sino que podamos pensar el asunto desde miradas democráticas

29. Cfr. ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2ª Edición, 3ª reimposición, 2008.

30. Cfr. *Procuración Penitenciaria de la Nación, Informe Estadístico "El Estado y la Producción de información. Deficiencias y ausencias en el relevamiento y la producción de datos. El caso Argentina (...)"*, dirección de Alcira Daroqui, 2014.

31. *Ibid.*

más profundas, comprometidas con la igualdad, la discusión pública y la reflexión colectiva, como las que hemos repasado.

En efecto, hemos visto que la visión epistémica de la democracia deliberativa sostenida por autores como Nino,³² nos ofrece un procedimiento con la capacidad de adoptar decisiones colectivas que tienden a ser más imparciales.

En consecuencia, incorporar la política criminal al debate público, ya sea gracias al paso inicial de la discusión previa a la elección de fiscales o –yendo más allá– a través de la generación de instancias institucionales específicas para discutirla, nos puede permitir alcanzar mejores resultados. La democracia deliberativa nos ofrece mecanismos para alcanzar una mejor política criminal, y por lo tanto buenas razones para democratizar la elección y la gestión del MPF.

VI.C. Es necesario asegurar la imparcialidad de los fiscales

Es conceptualmente equivocado pensar que los fiscales deben ser imparciales. No sólo no tienen que ser imparciales sino que justamente deben ser lo opuesto, ya que ocupan un rol de parte en el proceso penal. Los fiscales no son sujetos procesales inocuos, sino que la propia CN les impone el deber de "promover la actuación de la justicia" persiguiendo un interés bien concreto: la defensa de los intereses generales de la sociedad.

Como ventaja adicional, la elección popular del MPF podría contribuir a evitar la confusión que muchas veces suele presentarse entre el rol del fiscal y el del juez, y a la idea de que ellos forman parte de una cofradía común, y ayudar a la distinción de sus roles, y así fortalecer la imparcialidad del juez y el derecho de defensa del imputado.³³

VI.D. Es necesario asegurar la objetividad de los fiscales

También se critica que la elección popular de fiscales o del PGN podría dificultar la observancia del principio de objetividad, entendido como

32. NINO, C. S., *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, ob. cit.

33. BRACCINI, F., "Los modelos de persecución penal de Argentina, Estados Unidos, Francia e Inglaterra. Su ubicación institucional y legitimidad democrática, a la luz de la defensa del imputado y la imparcialidad del juzgador", en *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, n°14, agosto de 2014, edición online.

“el rechazo de toda idea relativa al desarrollo de un interés subjetivo o de utilidad política –no contenido en la ley– como meta de la actividad desarrollada por la fiscalía en el cumplimiento de su misión”.³⁴ Según el principio de objetividad debe mediar un estricto apego a los objetivos de la función en la actividad de un fiscal, sin mediar intereses extrafuncionales (por ejemplo, un interés personal que cierta persona sea o no encarcelada).

No se presentan motivos para pensar que los fiscales no cumplirán su deber de objetividad por el hecho de ser elegidos y controlados por la ciudadanía. Al menos no se encuentran razones para pensar que por haber sido elegido popularmente vayan a existir más chances de que un fiscal tenga esos intereses extrafuncionales.

Por el contrario, existen indicios para pensar que la elección popular de fiscales o del PGN puede incentivar a la observancia de este principio. Si bien tanto el modelo de elección indirecta como el de elección popular son vulnerables a la comisión de actos ilícitos por los fiscales –como lo sería mezclar intereses personales y ejercicio de la función pública–, el régimen de elección mediante el voto directo tiene una ventaja adicional: los fiscales pasarían a estar más observados. A partir del control ciudadano y de la rendición de cuentas, la posibilidad de mezclar sus intereses personales en el ejercicio de su función parece más fácil de detectar, y por lo tanto –según las circunstancias– verse desincentivada.

VI.E. El MPF debe funcionar en el PEN, para que la política criminal se vincule con otras políticas públicas del gobierno

Esta crítica propone una idea inconstitucional. Nuestra CN no admite que el MP se enmarque dentro de ninguno de los tres poderes clásicos, pues exige que sea independiente.

No obstante, alguien podría replicar que esa no es una buena respuesta, ya que si lo deseable fuera que el MPF actúe en la órbita del PEN, lo que habría que hacer es reformar la Constitución. No obstante, creo que esto no es necesario y que el modelo de un MPF independiente del PEN, elegido popularmente y que rinde cuentas a la ciudadanía satisface algunos de los objetivos perseguidos por quienes postulan que el MPF debe estar en el PEN y nos ofrece algunas potencialidades adicionales.

34. MAIER, J.B., *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., p. 323.

La actuación coordinada del MPF con el PEN, principal preocupación de los defensores del MPF ejecutivo, constituye una obligación constitucional para el MPF que deriva de su deber de actuar "en coordinación con las demás autoridades de la República" del art.120 de la CN. A partir de allí, es una obligación del MPF mantener comunicación, concertar políticas y coordinar sus actos con el PEN.

El modelo de MPF "popular" nos propone además los siguientes beneficios: a) asegurar más acabadamente la igualdad y la representación de los ciudadanos; b) contribuir a la incorporación de la política criminal en el debate público, y así enriquecerla sustantivamente gracias a las dinámicas de discusión colectiva; y c) ofrecer un marco propicio para la investigación de los delitos de poder, que involucren corrupción y/o criminalidad compleja, que puede sufrir serias obstaculizaciones en el modelo de MPF ejecutivo, dado que los funcionarios del PEN podrían ser objeto de investigaciones.

VI. CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo se han presentado algunas reflexiones en torno a la legitimidad democrática del MPF y a la justificación democrática de la designación de los fiscales por medios alternativos a la voluntad popular. A partir del desarrollo realizado, no ha sido posible encontrar una respuesta satisfactoria a la elemental pregunta sobre la justificación del régimen de designación de los miembros del MPF, al no habernos sido posible dar con argumentos, motivos o justificaciones de peso para que en el marco de un sistema democrático los fiscales, o al menos el PGN, no sean elegidos a través del voto directo.

Además, hemos visto que el establecimiento de un régimen de elección directa de fiscales o del PGN no sólo no obstruiría a la independencia del MP que exige la CN, sino que podría fortalecerla, al dotar al ente de mayor legitimidad democrática y posiblemente contribuir a su mayor autonomía de actuación. Asimismo, la fuerte diferenciación del MPF y el Poder Judicial, que derivaría del régimen de elección popular de fiscales, podría contribuir a la imparcialidad de los jueces y al derecho de defensa de los imputados.

Por otra parte, abrir la discusión sobre la política criminal al debate democrático nos permitiría no sólo asegurar más igualdad, mayor rendición de cuentas hacia la ciudadanía y mayores controles sobre los fiscales, sino que además tiene potencialidades para que la política criminal sea la

que mejor responda a nuestros intereses colectivos, y sea epistémicamente más valiosa, en tanto más se explote el ideal deliberativo de la democracia.

Dependiendo del modo específico en que sea implementado, y a diferencia del modelo que propone que el MPF forme parte del PEN, el MPF popular nos propone un marco que podría ser propicio para la investigación de los delitos que involucren corrupción y/o criminalidad compleja (económica y crimen organizado), dada la ausencia de incentivos institucionales para su subordinación con el poder político.

Si bien en este trabajo se exploró fundamentalmente la cuestión relativa al mecanismo de elección de los fiscales, también hemos visto que es posible avanzar en una apertura democrática mayor sobre las políticas de persecución penal, y que ese camino nos promete buenos resultados.

En cualquier caso, atendiendo a la complejidad del asunto debatido, indudablemente serán necesarias mayores reflexiones y discusiones al respecto. Este trabajo se orientó a colaborar en ese sentido, y a dejar planteada una elemental pregunta sobre la legitimidad democrática sobre el MPF y la ausencia de respuestas satisfactorias.

BIBLIOGRAFÍA

- BERGOGLIO, María Inés, “Nuevos caminos hacia la legitimidad judicial. Participación ciudadana en los tribunales penales en Córdoba”, en *Derecho y Ciencias Sociales*, n° 1, abril de 2009, pp. 128-148, edición online.
- BRACACCINI, Fernando, “Los modelos de persecución penal de Argentina, Estados Unidos, Francia e Inglaterra. Su ubicación institucional y legitimidad democrática, a la luz de la defensa del imputado y la imparcialidad del juzgador”, en *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, n° 14, agosto de 2014, edición online.
- BRACACCINI, Fernando y González, Leonel, “El art. 120 de la Constitución Nacional”, en Gargarella, Roberto (Coord.), *La Constitución Nacional Comentada*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters – La Ley, t. 1, 2016, pp. 961-985.
- DWORKIN, Ronald, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996.
- GARGARELLA, Roberto, “Constitucionalismo versus Democracia”, en Gargarella, Roberto (Coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, 1ª edición, 2ª reimpresión, t. 1, pp. 23-40.

- , "Mano dura contra el castigo (II). Autogobierno y comunidad", en GARGARELLA, Roberto, *De la Injusticia Penal a la Justicia Social*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008, pp. 53-76.
- , *La Justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, 1ª reimpresión, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
- GORANSKY, Mirna, "¿Hacia un nuevo Ministerio Público?", en GARGARELLA, Roberto (Coord.), *La Constitución en 2020*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2011, 1ª edición, pp. 332-333.
- ESTLUND, David, *La Autoridad Democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 1ª edición, 2011.
- HONISCH, Paula, y POCHAK, Andrea, "Démosle una oportunidad al principio de oportunidad", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 9-B, año V, 1999, p. 300-316.
- JOHNSTONE, Gerry, "Penal Policy Making," en *Punishment & Society*, vol. 2, año 2, 2000, pp. 161-180.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2ª edición, 3ª reimpresión, t.1, 2004.
- NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1ª edición, 3ª reimpresión, 2005.
- NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa, Barcelona*, Gedisa, 1ª edición, 1ª reimpresión, 2003.
- LUSKIN, Robert, FISHKIN, James y JOWELL, Roger, "Considered Opinions: Deliberative Polling in Britain", en *British Journal of Political Science*, n°32, Cambridge University Press, 2002, pp. 455-487.
- O'DONNELL, Guillermo, "La Democracia Delegativa", en *Journal of Democracy*, 2009, pp. 7-23.
- Procuración Penitenciaria de la Nación, Informe Estadístico "El Estado y la producción de información. Deficiencias y ausencias en el relevamiento y la producción de datos. El caso Argentina. La producción estadística a nivel nacional, regional y mundial sobre la población encarcelada en los últimos 5 años", dirección de Alcira Daroqui, 2014.
- WALDRON, Jeremy, *Derecho y Desacuerdos*, Barcelona, Marcial Pons, 2005, 1ª edición, pp. 18-25.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2ª Edición, 3ª reimpresión, 2008.